

DISCREZIONALITÀ E REGOLE DI GIUDIZIO NEL PROCESSO PENALE (*)

di Renzo Orlandi

L'autore affronta un tema classico del diritto processuale: quello delle regole di giudizio, intese come criteri offerti dalla legge al giudice incerto sulla soluzione da dare all'accertamento di fatto. Premesso un chiarimento sul concetto generale di discrezionalità giudiziale, lo scritto affronta la varietà di situazioni processuali nelle quali il giudice si trova a dover prendere una decisione superando una paralizzante incertezza. Al riguardo non rileva solo la decisione che decide il merito alla fine del dibattimento, ma altresì quelle che chiudono i riti alternativi al dibattimento (giudizio abbreviato e patteggiamento); le decisioni interne alla dinamica processuale quali archiviazione e rinvio a giudizio; le decisioni cautelari e, per concludere, le decisioni emesse all'esito del procedimento di prevenzione ante-delictum regolato dal c.d. codice antimafia.

SOMMARIO: 1. Chiarimento preliminare sul concetto di discrezionalità nel contesto del tema affrontato. – 2. Regole di giudizio: loro finalità e diversificazione. – 3. La regola di giudizio nella sentenza dibattimentale di merito. – 4. La sentenza di giudizio abbreviato. – 5. Le sentenze nei riti alternativi che non esigono accertamento positivo della responsabilità penale. – 6. Archiviazione, non luogo a procedere e rinvio a giudizio. – 7. Misure cautelari: gravi indizi di colpevolezza. – 8. Segue: prognosi di pericolosità. – 9. Misure di prevenzione *ante-delictum*.

1. Chiarimento preliminare sul concetto di discrezionalità nel contesto del tema affrontato.

Si tratta qui di ragionare intorno al margine di libertà del quale il giudice penale può disporre quando adotta una decisione sul presupposto di un accertamento di fatto. “Discrezionalità” è termine che evoca, in effetti, un apprezzamento soggettivo dell'autorità pubblica, ma sarebbe errato vedere in quell'apprezzamento l'esercizio di un arbitrio. La dottrina processualistica, suffragata anche da conformi elaborazioni della dottrina amministrativistica¹, ha da tempo chiarito che il termine “discrezionalità” designa una situazione soggettiva rientrante nell'ambito del comportamento doveroso

(*) Il contributo riproduce il testo della relazione tenuta dall'Autore al Convegno “Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali”, tenutosi a Firenze il 9 e 10 maggio 2024.

¹ Si vedano, in particolare, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939 e A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, voce in *Enc. dir.* 1964, vol. XIII, p. 65 ss.

di pubbliche autorità. In ambito processuale, in particolare, il giudice opera sempre sulla base di premesse poste dalla legge: ciò che non esclude, in concreto, la scelta (talvolta ispirata necessariamente a criteri soggettivi) del modo o del mezzo più adatto a perseguire il fine legale².

Bisogna infatti ammettere che – nell’attuale contesto politico-costituzionale – il giudice agisce (o è supposto agire) sempre nell’interesse pubblico, sicché ogni suo provvedimento dev’essere vincolato a una premessa legale, quanto meno nel fine. Può darsi che le modalità procedurali per attuare il fine (la decisione) siano dalla legge descritte con l’indeterminatezza imposta dalla impossibilità di prevedere nel dettaglio le mutevoli situazioni della vita, oltre quelle specifiche della dinamica processuale. Il diritto probatorio offre un chiaro esempio in tal senso. Finché vigevano le prove legali, anche le modalità procedurali da seguire per giungere al fine (decisione) limitavano fin quasi ad annullare la discrezionalità cognitiva del giudice. L’affermarsi del libero convincimento ha comportato un’apertura alla discrezionalità valutativa, non però al punto da consegnarla a un incontrollato soggettivismo.

L’elemento della doverosità affiora in un duplice tratto che – in ordinamenti processuali come il nostro – ispira la condotta del giudice in procinto di decidere: da un lato la sindacabilità del provvedimento adottato sulla scorta di un apprezzamento discrezionale del compendio probatorio; dall’altro, la impugnabilità del provvedimento stesso davanti a un giudice superiore.

L’impugnabilità implica sempre la sindacabilità della regola di giudizio. Non vale però il contrario: in qualche caso la decisione è sindacabile, ma non impugnabile³: ciò che – come si vedrà – pone un problema delicato con riguardo a regole di giudizio destinate a operare nella fase preliminare del procedimento penale⁴.

Sindacabilità e impugnabilità sono, dunque, sintomi inequivoci del dovere di decidere motivando in base a regole (regole di giudizio, nel nostro caso): e questo benché non sempre una motivazione *in facto* venga richiesta; anzi, in qualche caso particolare del quale si dirà, essa viene addirittura esclusa.

Interessa, in particolare, che siano sindacabili e impugnabili le decisioni sfavorevoli all’imputato, essendo le regole di giudizio concepite principalmente a sua garanzia. Vengono quindi in considerazione decisioni quali le sentenze di condanna (sia quelle dibattimentali, sia quelle adottate all’esito di riti alternativi al dibattimento); le

² “La figura del comportamento discrezionale va circoscritta agli atti normativi degli organi statuali, vale a dire dei soli enti idonei a costituire il termine di imputazione di una situazione soggettiva di dovere”: così F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956, p. 163. Già J. GOLDSCHMIDT affermava perentoriamente l’appartenenza della discrezionalità giudiziale (*richterliches Ermessen*) alla situazione di dovere: “*Im Prozesse ... das freie richterliche Ermessen ist immer ein pflichtgemäßes Ermessen* (= discrezionalità vincolata) *und niemals Willkür* (= mai arbitrio): così in *Prozess als Rechtslage*, Scientia Verlag 1925, p. 256.

³ Si vedano le situazioni illustrate *infra*, par. 6.

⁴ L’elemento della impugnabilità è importante anche perché consente il formarsi di una giurisprudenza di legittimità, posto che le regole di giudizio sono controllabili dalla Corte di cassazione. Si pone così un limite – pur per via giurisprudenziale – all’arbitrio dei giudici di merito che la semplice sindacabilità (vale a dire, il controllo su tali regole ad opera di un giudice di pari grado di quello che ha emesso il provvedimento) non sarebbe in grado di arginare.

richieste e i decreti di rinvio a giudizio, ma anche le decisioni che dispongono misure cautelari personali e le decisioni applicative di misure preventive *ante delictum*.

Un'ultima precisazione, forse superflua, ma utile a scanso di equivoci: il rapporto fra discrezionalità e regole di giudizio riguarda la sola la *quaestio facti*, non la *quaestio iuris*, l'incertezza della quale si risolve sul piano dell'interpretazione normativa⁵. Riguarda, in particolare, il momento in cui – valutate le singole prove – il giudice deve maturare il proprio convincimento circa la sussistenza o meno di fatti giuridicamente rilevanti.

2. Regole di giudizio: loro finalità e diversificazione.

Le regole di giudizio servono a contenere e orientare la discrezionalità del giudice non nella valutazione delle singole prove (attività già guidata dalle regole espresse nell'art. 192), bensì nel significato da attribuire al complessivo compendio probatorio in vista del provvedimento da adottare. La loro utilità si manifesta principalmente nelle situazioni in cui il giudice fluttua nell'incertezza, non essendo in grado di formarsi un convincimento né positivo né negativo sui fatti da porre a base del provvedimento che è comunque tenuto ad adottare.

Le regole di giudizio servono principalmente a superare *impasse* decisorie derivanti da situazioni di incertezza sul fatto. Si è quindi indotti a ricercarle fra le norme del codice di rito penale che fanno riferimento (più o meno esplicito) alle molteplici situazioni di dubbio nelle quali versa il giudice in procinto di prendere una decisione favorevole o sfavorevole per l'imputato. A uno sguardo anche solo superficiale l'attenzione è colpita da tre figure: la regola *in dubio pro reo*, che dà rilievo normativo a situazioni di incertezza e insufficienza probatorie (art. 530 comma 2, art. 529 comma 2 e art. 529 comma 2); la regola al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1) e la regola della ragionevole previsione di condanna, che somministra al giudice un criterio per superare incertezze riguardanti provvedimenti da adottare nella fase preliminare del procedimento (art. 408 comma 1, art. 425 comma 3 e art. 554-ter comma 1).

Un opportuno sforzo di semplificazione consiglia di ridurre l'accennata triade a una diade. A ben vedere, l'*in dubio pro reo* non tanto esprime una regola di giudizio (nel senso stretto che qui si vuol dare al sintagma), quanto piuttosto esplicita la condizione, che la legge processuale penale pone all'accusa, di provare la colpevolezza per esigere la condanna. Oggi siamo abituati a vedere in codesto principio un corollario della presunzione di innocenza, ma, a ben vedere, l'*in dubio pro reo* era in voga anche in ordinamenti processuali del recente passato che apertamente disconoscevano il valore oggi consacrato nell'art. 27 comma 2 cost.⁶. Concettualmente l'*in dubio pro reo* rivela un

⁵ Anche l'esegesi normativa pone, comprensibilmente, problemi di incertezza, apprezzamento soggettivo e, in definitiva, di discrezionalità: ma l'espressione "regole di giudizio" è comunemente riferita alle situazioni di incertezza che affiorano nell'accertamento di fatti in vista di decisioni giudiziarie e a questo significato ci si atterrà nel seguente scritto.

⁶ L'art. 479 comma 3 c.p.p. 1930 (anche nella sua versione originaria) imponeva l'assoluzione per

parallelismo o, se si preferisce, una specularità, con il criterio dell'onere probatorio cui si ispira il processo civile. La differenza sta in questo: che nel processo civile la prova dev'essere fornita dall'attore (salvi i casi di inversione dell'*onus probandi*). Nel processo penale quell'onere spetta sistematicamente all'accusa in considerazione della naturale relazione asimmetrica fra pubblico ministero e imputato.

Le regole di giudizio in ambito penale si riducono quindi a due: "al di là di ogni ragionevole dubbio" e "ragionevole previsione di condanna". Volendo proseguire il raffronto con il processo civile, possiamo dire che lì la regola di giudizio è "il più probabile che non" o la "evidenza del probabile"⁷.

Non è mancato chi coltiva un'idea unitaria di regola di giudizio sostenendo che lo *standard* al di là di ogni ragionevole dubbio è applicabile in ogni contesto probatorio, non solo nelle situazioni in cui sarebbe applicabile il citato art. 533 comma 1⁸. Secondo questa impostazione, «va confutata e smascherata nelle sue occulte finalità extra-teoriche la diffusa opinione secondo cui la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio riguarderebbe solo l'alternativa condanna/proscioglimento e non i provvedimenti cautelari o il rinvio a giudizio, ai quali si applicherebbe la regola del "più probabile che non"»⁹. Questo sulla base di un argomento logico: la formula BARD segnerebbe al contempo il livello massimo e minimo affinché nel processo un qualsiasi enunciato fattuale possa considerarsi provato; massimo, perché la certezza assoluta è irraggiungibile; minimo, perché scendendo al di sotto di quel livello, salta il concetto stesso di provare e si entra nel regno delle illazioni, della discrezionalità incontrollata¹⁰.

In quanto volta a limitare l'arbitrio decisionale del giudice penale, la tesi merita certo attenzione e può essere condivisa, se con essa si vuol sostenere che ogni provvedimento basato su accertamenti di fatto, costringe il giudice dubbioso a scegliere la soluzione favorevole all'imputato; e a scegliere l'alternativa sfavorevole solo quando

insufficienza di prove quando risultavano "insufficienti le prove per condannare". La norma non discendeva dalla presunzione d'innocenza (apertamente avversata dalla cultura giuridica fascista): era, più modestamente, il frutto di una scelta di opportunità politica (storicamente risalente) che – persino in quel clima politico-costituzionale – preferiva l'assoluzione del colpevole alla condanna di un possibile innocente. V. MANZINI accettava a malincuore ("l'ambiguo brocardico" 'in *dubio pro reo* in quanto «politicamente e moralmente conveniente»: *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Torino, UTET, 1931, vol. I, 184.

⁷ Il parallelismo fra la regola penalistica "al di là di ogni ragionevole dubbio" e quella civilistica del "più probabile che non" o della "evidenza del probabile" è sottolineato in numerose sentenze di legittimità. Cfr., ad es., sez. un. civ. sent. 11 gennaio 2008, CED Rv. 600899 – 01 e, da ultimo, ord. sez. 3 civ. 05 marzo 2024, CED Rv. 670339 – 01.

La ragione del diverso modo di distribuire l'onere della prova in civile e penale è ben chiarita da M. Taruffo: "Nel processo civile non c'è ragione di adottare lo stesso standard di prova che si ritiene debba valere nel penale. Non vi sono, infatti, presunzioni, come quella di non colpevolezza, che operano sistematicamente a favore di una parte e neppure vi sono ragioni per massimizzare la probabilità che una parte venga dichiarata vittoriosa invece che soccombente ... Il giudice civile deve dare prevalenza, adottandolo come fondamento della decisione, all'enunciato fattuale che ha ricevuto dall'esito delle prove il grado di conferma relativamente più elevato" (Prova giuridica, voce in *Enc. dir., Annali*, 2007, p. 1036).

⁸ È la posizione di P. FERRUA, *Regole di giudizio*, voce in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, p. 725 ss.

⁹ P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., p. 731.

¹⁰ P. FERRUA, *loc. ult. cit.*

ne fosse realmente convinto. Ma – a seconda del tipo di provvedimento da adottare e della fase processuale nella quale ci si trova – cambia il materiale conoscitivo a disposizione del magistrato per formarsi quel convincimento. E, come si dirà, cambiano – per le distinte tipologie di provvedimenti – anche le occasioni per controllare l’uso della regola di giudizio.

Bisogna infatti ammettere che possono essere molto diverse fra loro le situazioni processuali nelle quali il giudice si trova nella condizione di adottare provvedimenti in stato di incertezza sul compendio probatorio disponibile. Vale la pena mettere alla prova l’accennata teoria unitaria, esaminando partitamente l’applicazione delle regole di giudizio con riguardo ai distinti provvedimenti che suppongono accertamenti favorevoli o sfavorevoli all’imputato.

Nei paragrafi successivi ci si limiterà a considerare alcuni provvedimenti suscettibili di essere adottati nel procedimento di primo grado o in appello, prendendo le mosse dalla sentenza dibattimentale (anche di seconda istanza), proseguendo con la sentenza di giudizio abbreviato (anche di seconda istanza), con la sentenza di patteggiamento, con i provvedimenti di archiviazione, non luogo a procedere e rinvio a giudizio, per chiudere con i provvedimenti applicativi di misure cautelari personali. Come si vedrà, ciascuno di questi provvedimenti suppone situazioni processuali la cui diversità è apprezzabile ai fini del tema che qui interessa (discrezionalità nell’uso di regole di giudizio).

Una breve riflessione sarà dedicata infine ai provvedimenti applicativi di misure di prevenzione *ante-delictum*, le quali, pur estranee all’ambito sanzionatorio, rivelano (quanto meno nella realtà italiana) punti di innegabile contiguità con la “materia penale”.

Attenzione andrà poi prestata anche alla circostanza che i provvedimenti in questione siano o meno impugnabili, giacché nella decisione che sfugge al controllo di logicità (davanti a un giudice superiore) l’uso della regola di giudizio è lasciata alla discrezionalità (pressoché incontrollata) dell’organo decidente.

3. Regola di giudizio e sentenza dibattimentale di merito.

Operano qui simultaneamente il canone dell’*in dubio pro reo* (art. 530 comma 2) e la regola di giudizio dell’oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1).

Pur codificata in tempi recenti nella nostra legge processuale¹¹, la regola BARD era in realtà desumibile dal sistema (come corollario della presunzione d’innocenza) anche prima della sua formale codificazione¹².

¹¹ Art. 5 l. n. 46 del 2006.

¹² Così, fra altre, Cass. Sez. un. 6 luglio 2016, Dasgupta, CED RV 267492, dove si ricorda che già la nota sent. sez. un. 10 luglio 2002, Franzese, RV 222139 menziona esplicitamente quella regola supponendola già presente nel sistema penale, ancorché non espressamente prevista. Anche in dottrina si ritiene che la citata riforma del 2006 si sia limitata a esplicitare una regola già presente nel sistema: in tal senso, P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., p. 731.

La sua applicazione nel dibattimento suppone innanzitutto, in via preliminare, che il giudice faccia ogni sforzo per superare eventuali sentimenti di incertezza: dall'invito alle parti di "indicare temi di prova nuovi o più ampi utili alla completezza dell'esame" (art. 506 comma 1), all'iniziativa di completare con proprie domande l'esame di testimoni, periti, consulenti tecnici, coimputati (art. 506 comma 2), all'iniziativa diretta nell'assunzione di nuove prove, quando queste appaiano "assolutamente necessarie", vale a dire, utili per risolvere l'incertezza su una *quaestio facti* (art. 507).

La sentenza dibattimentale è impugnabile e, pertanto, soggetta al possibile sindacato di un giudice superiore. Quand'anche non fosse appellabile, sarebbe sempre suscettibile di controllo in sede di legittimità anche sul punto concernente l'uso che il giudice di merito ha fatto della regola di giudizio. Registriamo infatti una cospicua quantità di massime che cercano di chiarire ai giudici di merito come applicare tale regola. Meritano di essere qui ricordate, in particolare, le decisioni che annullano sentenze di merito per aver accolto con troppa disinvoltura le prospettazioni dell'accusa o della difesa, escludendo "ricostruzioni alternative" che rientrano "nell'ordine naturale delle cose e della razionalità umana"¹³. Oltre a violare il canone BARD, l'eventuale trascuratezza di credibili ricostruzioni alternative, comporterebbe l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio per vizio di motivazione.

Segue la stessa linea l'orientamento giurisprudenziale che ricava dalla regola BARD il dovere del giudice di merito di acquisire (se del caso, d'ufficio) un mezzo di prova necessario a superare situazioni di incertezza sulla *quaestio facti*. A ben vedere, un simile orientamento – se lo si valorizza dal punto di vista della difesa – amplia il diritto alla prova dell'imputato, includendo fra i motivi di annullamento della sentenza di merito anche la mancata assunzione di una semplice prova decisiva (non necessariamente di una prova contraria nel senso dell'art. 606 comma 1 lett. d). A questa conclusione è pervenuta una recente sentenza della Suprema corte¹⁴, della quale vale la pena riportare per intero il principio di diritto espresso: «La sentenza di condanna che si fondi su un risultato probatorio incerto (come nel caso di specie, in cui gli esiti delle analisi svolte su campioni del medesimo prodotto, hanno dato esiti diversi presso laboratori ufficiali) deve dare adeguata spiegazione delle ragioni per le quali, a fronte della richiesta dell'imputato di perizia, gli esiti delle analisi al reo sfavorevoli vengano ritenuti esaustivi e incontrovertibili giacché la regola di giudizio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" impone al giudice l'adozione di un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria». Si consideri che, nei motivi di ricorso, la difesa aveva lamentato la mancata assunzione della prova da parte del giudice di appello a norma dell'art. 603 comma 3 (da intendere come una sorta di prolungamento in secondo grado dell'art. 507). Di qui la conclusione che – facendo leva sulla regola BARD – si può pretendere l'annullamento (con rinvio) di una sentenza, anche oltre il più limitato motivo indicato nel citato art. 606 comma 1 lett. d. In breve, questo ampliamento del motivo di ricorso

¹³ Si vedano Cass. sez. 5, 11 gennaio 2019, Rv. 275299; Cass. sez. 4, 24 ottobre 2018, Rv. 274358; Cass. sez. 2, 13 giugno 2017, Rv. 270519; Cass. sez. 5, 06 marzo 2013, Rv. 254579; Cass. sez. 1, 09 giugno 2009, Rv. 24380.

¹⁴ Cass. sez. 3, 13 aprile 2023, RV 284364.

per cassazione a semplici violazioni del diritto alla prova – per come argomentato in giurisprudenza – è un effetto riflesso della regola di giudizio che guida l’attività decisoria del giudice dibattimentale.

4. Giudizio abbreviato.

Quel che si è appena detto con riguardo alla sentenza dibattimentale vale, in linea generale, anche per la sentenza conclusiva del giudizio abbreviato. Del resto, il codice di rito è esplicito nell’estendere a codesto rito semplificato la regola di giudizio prevista per la decisione che chiude il giudizio ordinario (art. 442 comma1). La sola differenza riguarda la diversa “qualità” del materiale conoscitivo sul quale si forma il convincimento del giudice: non prove filtrate dal contraddittorio dibattimentale, bensì atti raccolti unilateralmente da polizia e pubblico ministero o difensore nel corso delle indagini o acquisiti nella fase preliminare per iniziativa istruttoria del giudice procedente (es. art. 422).

La legge processuale consente che anche su questo grezzo materiale conoscitivo si formi un convincimento giudiziale al di là di ogni ragionevole dubbio. C’è da chiedersi come possa concretizzarsi un convincimento “oltre ogni ragionevole dubbio”, quando il materiale conoscitivo a disposizione è scadente e inaffidabile, secondo i criteri della migliore epistemologia giudiziaria.

Di questa esigenza ha cercato di farsi interprete la giurisprudenza di legittimità, quando ha affrontato il problema del giudizio di appello contro sentenze assolutorie emesse a seguito di giudizio abbreviato. Si arrivò a sostenere che il canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio imponeva un recupero del contraddittorio nella formazione della prova in fase di appello, quale condizione per ribaltare l’assoluzione in condanna. E questo a prescindere dal rilievo che – con la richiesta di giudizio abbreviato – l’imputato aveva rinunciato al diritto al contraddittorio (assicuratogli dall’art. 111 comma 4 cost.)¹⁵.

Tale orientamento¹⁶ intendeva affermare – nell’ordinamento processuale italiano – l’abbondante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di limiti al potere del giudice di appello di condannare l’imputato assolto in primo grado¹⁷. Ne seguì – nel 2017 – la riforma legislativa che impose la rinnovazione del dibattimento in appello, quando il pubblico ministero avesse impugnato sentenze assolutorie per motivi

¹⁵ Si veda Cass. sez. unite, 14 aprile 2017, Rv. 269785 dove si legge: «L’assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria. Essa, implicando l’esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell’imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria». Decisione avallata da Corte cost. nr. 124 del 2019.

¹⁶ Autorevolmente fatto proprio da Cass. Sez. un. 6 luglio 2016, Rv. 267486.

¹⁷ Si vedano, in particolare, Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011, Găitănu c. Romania, del 26 giugno 2012, Lazu c. Repubblica di Moldavia, del 5 luglio 2016.

attinenti alla valutazione di prove dichiarative¹⁸: regola da applicare anche nei giudizi di appello contro le sentenze di giudizio abbreviato.

La tormentata vicenda normativa ha poi avuto un epilogo sorprendente, propiziato ancora dalla giurisprudenza di Strasburgo. Una sentenza riguardante proprio l'Italia ha affermato che l'art. 6 CEDU non esige un recupero dei principi di immediatezza e oralità in appello, visto che col chiedere il giudizio abbreviato l'imputato ha consapevolmente e liberamente rinunciato al contraddittorio¹⁹. Di qui l'ulteriore ripensamento legislativo che limita la possibilità di rinnovare l'istruttoria in appello, quando il pubblico ministero abbia impugnato la sentenza assolutoria, contestando una prova dichiarativa che sia stata assunta all'esito di integrazione probatoria intercorsa nel giudizio abbreviato²⁰. La nuova prova dichiarativa andrebbe comunque assunta con le modalità previste per il giudizio dibattimentale, vale a dire nel contraddittorio fra le parti. Solo se in prima istanza non ci fosse stata integrazione probatoria, il giudice di appello potrebbe condannare sulla base delle prove disponibili nel fascicolo processuale, senza bisogno di rinnovare il dibattimento²¹.

Nel giudizio abbreviato vale dunque la regola BARD, ma la si applica, in linea generale, a un materiale conoscitivo considerato di minor qualità e, si direbbe, di minor affidabilità rispetto a quello formato in un dibattimento ordinario. Il rispetto dell'oralità e del contraddittorio è assicurato solo in via eccezionale, nei ricordati casi di "integrazione probatoria" secondo la previsione dell'art. 603 comma 3-bis. Negli altri casi, l'assoluzione in primo grado può convertirsi in condanna da parte del giudice d'appello sulla base o di una semplice lettura di atti presenti nel fascicolo, o di una rinnovazione dibattimentale disposta d'ufficio (ex art. 603 comma 3), destinata a svolgersi secondo le regole dettate per il giudizio abbreviato (oralità senza contraddittorio)²².

La domanda è, pertanto: quale tipo di certezza è in grado di produrre un materiale conoscitivo "grezzo", non raffinato dal contraddittorio e, per ciò stesso, da considerare con estrema prudenza, se non con sospetto.

Da ingredienti di dubbia qualità difficilmente esce un buon prodotto. Se davvero ci si distanzia dall'ideale epistemologico (normativamente fissato nell'art. 526), il giudice tenuto a risolvere l'alternativa assoluzione/condanna sulla scorta di "mezze-prove"

¹⁸ Art. 603 comma 3-bis, novellato da art. 1 comma 58, l. 23 giugno 2017, n. 103.

¹⁹ Corte EDU 1° sez. Di Martino e Molinari c. Italia, del 25 marzo 2021.

²⁰ Questa la (francamente un po' cervelotica) soluzione imposta oggi dall'art. 603 comma 3-bis, novellato dall'art. art. 34, comma 1, lett. i), n. 2), d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

²¹ Traendo spunto dalla sent. Corte EDU Di Martino e Molinari c. Italia (citata *supra* nota 19), perviene a questa conclusione la più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. *Cass. sez. 2*, 12 marzo 2024. RV. 286100.

²² Può considerarsi ancora attuale – al riguardo – l'orientamento della Corte di cassazione (SU 29 gennaio 1996, RV 203427) che, in caso di appello sulla sentenza di giudizio abbreviato, riconosce al giudice il potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di prove (art. 603 comma 3) secondo le modalità previste per il rito speciale: «Nel processo celebrato con la forma del rito abbreviato al giudice di appello è consentito ... disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione, secondo il disposto dell'art. 603, comma 3 c.p.p.; in tale fase, peraltro, non può configurarsi alcun potere di iniziativa delle parti in ordine all'assunzione delle prove in quanto, prestando il consenso all'adozione del rito abbreviato, esse hanno definitivamente rinunciato al diritto alla prova.».

dovrebbe – a rigor di logica – essere incline più al dubbio che alla certezza, persino quando gli elementi a carico fossero all'apparenza prevalenti su quelli a favore dell'imputato. L'uso corretto della discrezionalità decisoria dovrebbe indurre il giudice del giudizio abbreviato ad assolvere (per insuperabile incertezza sul fatto) in misura maggior di quanto accada nel giudizio ordinario. Questo suggerirebbe la logica.

Si sa, invece, che la richiesta dell'imputato di accedere al rito speciale ha l'effetto "magico" di trasformare le "mezze prove" in "prove piene", sicché la finzione giuridica fa sparire la differenza sostanziale fra i compendi probatori (qualitativamente assai diversi) che risultano dai due contesti procedimentali evocati. Resta la stranezza di un duplice percorso per superare il ragionevole dubbio nel giudizio abbreviato: da un lato, la regola BARD non esige che il giudice di merito abbia valutato prove formate nel contraddittorio fra la parti. Dall'altro, nei particolari casi di giudizio abbreviato condizionato, sfociato in un proscioglimento, è proprio la regola BARD a esigere che il giudice penale raccolga la prova orale nel rispetto del contraddittorio per arrivare a una possibile condanna. Si dirà che, in una simile situazione, l'eccezionale passaggio dal regime probatorio previsto per il giudizio abbreviato a quello imposto per il dibattimento si giustifica per la necessità di consentire al giudice di redigere una "motivazione rafforzata", idonea a superare l'affermazione di innocenza contenuta nella sentenza appellata. Se si prende per buona questa spiegazione bisogna ammettere che c'è una relazione fra "qualità della prova" e regola di giudizio espressa nell'art. 533 comma 1. Ma allora bisogna ammettere che ciascun regime probatorio esige – per le situazioni di incertezza decisoria – regole di giudizio adeguate alla "*qualitas*" degli elementi conoscitivi dei quali il giudice di merito si alimenta. Come già accennato, l'*in dubio pro reo* vale (dovrebbe valere) a maggior ragione, quando il materiale probatorio offre scarsa affidabilità per il modo in cui è venuto ad esistenza.

5. Patteggiamento (e riti alternativi al dibattimento nei quali non si accerta la responsabilità penale).

Considerazioni a parte vanno fatte per la sentenza di patteggiamento e per le decisioni adottate in altri riti alternativi (principalmente l'ordinanza che accoglie la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova²³ e il decreto penale di condanna²⁴).

Tutti questi provvedimenti hanno in comune la natura di decisioni condannatorie, emesse senza un vero accertamento di responsabilità penale. Per ciascuno di essi la legge processuale si accontenta che il giudice verifichi sommariamente l'assenza di "cause di non punibilità", vale a dire di evidenti ragioni che imporrebbero l'assoluzione dell'imputato a norma dell'art. 129 comma 1.

²³ Art. 464-quater comma 1.

²⁴ Art. 459 comma 3.

Per semplificare l'esposizione del nostro tema conviene riferirsi alla sola sentenza di patteggiamento, consapevoli che, salvo lievi differenze, quanto si dirà a codesta decisione vale – per il tema che ci interessa – anche per gli altri due provvedimenti.

Con la richiesta di patteggiamento, l'imputato esonera il pubblico ministero dal dover provare l'accusa e il giudice dal dover motivare *in facto* la condanna. È sentenza inappellabile e pure il ricorso per cassazione è limitato ai motivi tassativamente indicati nell'art. 448 comma 2-bis: da segnalare – per quanto direttamente ci riguarda – l'impossibilità di impugnare la sentenza per vizio di motivazione²⁵, conseguente a eventuali errori nell'uso di regole di giudizio da parte del giudice di merito. Ciò rende difficoltoso ricostruire il quadro giurisprudenziale su un tema che – in linea generale – è sottratto all'elaborazione del giudice di legittimità.

Un aiuto può venire dalle decisioni che si sono occupate dei limiti entro i quali è ammessa la revisione delle sentenze di patteggiamento per il sopraggiungere di nuove prove (art. 630 lett. c).

In linea generale, la revisione delle sentenze di condanna è ammessa a condizione che gli elementi forniti dall'impugnante siano «tali da dimostrare, se accertati, che il condannato dev'essere prosciolto a norma degli artt. 529, 530 o 531» (art. 631). Parrebbe, quindi, che per le sentenze in questione, il sopraggiungere di una nuova prova apra la prospettiva dell'*in dubio pro reo* e della regola BARD, benché l'imputato, patteggiando, abbia sostanzialmente accettato la ricostruzione fattuale prospettata nell'atto di accusa. In realtà, non è questa la soluzione che la giurisprudenza ha escogitato. Un orientamento ormai consolidato nega che la revisione della sentenza di patteggiamento vada accolta quando si prospetti la possibilità di una assoluzione anche con formula dubitativa²⁶. Norma di riferimento – ai fini di un buon esito dell'impugnazione straordinaria – resta l'art. 129. In altre parole, il processo è destinato a riaprirsi nella stessa situazione in cui si trovava l'imputato al momento di chiedere la pena concordata. In caso di dubbio, la revisione non sarebbe ammessa, perché non troverebbe applicazione l'art. 530 comma 2.

Questa conclusione è avversata da una parte della dottrina, incline a ravvisare nella sentenza di patteggiamento un vero accertamento di responsabilità penale, con conseguente applicazione del canone BARD. Si sottolinea, in particolare, che nella procedura patteggiata «la “sommarietà” della verifica di colpevolezza può essere tollerata solo in quanto si accompagni a un esito provvisorio dell'attività cognitiva che già soddisfi, in sé e per sé considerato, il parametro valutativo fissato dall'art. 533»²⁷.

Tale opinione si sforza di riportare ad unità i criteri di accertamento del fatto nel procedimento penale, per giustificare la decisione di condanna, anche a fronte dei principi costituzionali posti a tutela dell'imputato (principalmente, la presunzione di

²⁵ Il discorso non vale per l'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, soggetta a ricorso per cassazione da entrambe le parti (art. 464-quater comma 7). Che ciò possa avvenire per tutti i motivi indicati nell'art. 606, incluso quindi il vizio di motivazione, è stato chiarito dalla Corte di cassazione a sezioni unite con la sentenza del 6 aprile 2023, RV 284273.

²⁶ Valga per tutte Cass. sez. 5, 30 marzo 2021, Rv. 280759, alla cui motivazione si rinvia per i numerosi precedenti tutti conformi.

²⁷ Così F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, 78 ss. Opinione non condivisa da P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., 739 e 740.

innocenza). Essa si scontra tuttavia con la disciplina processuale dei riti alternativi al dibattimento (in particolare quelli considerati in questo paragrafo) che autorizzano il giudice a emettere una decisione condannatoria sulla base di un semplice e sommario accertamento negativo della insussistenza di cause di non punibilità. Le già segnalate circostanze che caratterizzano le procedure “negoziate” qui considerate (assenza di una motivazione *in facto*, inoppugnabilità dei vizi di motivazione) rendono il giudice di merito libero di determinarsi come meglio crede e, certamente, non gli impongono di applicare le regola BARD.

Il punto è affrontato in una interessante e rara decisione della Corte di cassazione, nella quale l'imputato ricorrente aveva lamentato la mancata applicazione degli artt. 530 e 533 a una sentenza che aveva applicato lo sconto di pena previsto per il patteggiamento. Ciò era però avvenuto all'esito di una richiesta di pena concordata non condivisa dal pubblico ministero, che il giudice del dibattimento aveva invece ritenuto di dover accogliere. La Corte sostenne che, eccezionalmente, in un caso come questo, doveva trovare applicazione la ordinaria regola di giudizio (art. 530 e art. 533), perché l'accertamento dibattimentale aveva assicurato la *plena cognitio*²⁸.

In definitiva, né la sentenza di patteggiamento, né gli altri provvedimenti di tipo condannatorio che subordinano l'accertamento del fatto al presupposto di una mera delibazione di inapplicabilità dell'art. 129, implicano l'applicazione della regola di giudizio al di là di ogni dubbio ragionevole dubbio, né comportano la soggezione all'*in dubio pro reo*²⁹.

Se si volesse fare dei riti negoziali altrettanti spazi processuali da assoggettare a una sola regola di giudizio, sarebbe necessario modificarne la struttura, evitando di surrogare con un atto di volontà (dell'imputato, condiviso dal pubblico ministero) l'incompleto accertamento del fatto³⁰.

²⁸ Si veda Cass. sez. 3, 20 febbraio 2017, RV. 269319 della quale conviene qui citare il seguente passo: « La motivazione della sentenza di patteggiamento, quando resa all'esito del dibattimento, non può non risentire della conoscenza degli elementi di prova assunti nel corso del processo perché, al di là delle conseguenze processuali, essa presuppone un accertamento della responsabilità indubbiamente più approfondito di quello richiesto ai fini della delibazione del negozio processuale che si fonda sul consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta».

²⁹ Nella richiesta di patteggiamento così come nella mancata opposizione al decreto penale di condanna è insita una parziale rinuncia alla presunzione di innocenza (e alla regola di giudizio che ne costituisce il corollario). Nella richiesta di sospensione del processo con messa alla prova la rinuncia alla presunzione di innocenza è totale: viene messo fra parentesi il suo valore sia come regola di giudizio sia come regola di trattamento. In questo senso (con riguardo alla procedura di patteggiamento) anche P. Ferrua, Regole di giudizio, cit., 739, il quale giustamente insite sulla natura anti-cognitiva del rito speciale in questione.

³⁰ Per chiarire il punto affrontato nel testo risulta istruttiva la lettura della sentenza con la quale la Corte costituzionale tedesca ha affermato che la speciale procedura delle *Absprachen* deve assicurare l'accertamento della verità secondo le stesse regole imposte per l'ordinaria sentenza dibattimentale di merito. Si tratta della decisione emessa dalla 2° sezione del *Bundesverfassungsgericht*, il 19 marzo 2013, consultabile (anche in lingua inglese) al seguente link:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr2628_10.html

Va detto che la speciale procedura detta delle *Absprachen* (o *Verständigungen*) regolata nel § 257c della *Strafprozessordnung*, ricorda solo alla lontana il nostro patteggiamento; ne differisce per le seguenti

6. Archiviazione, non luogo a procedere, rinvio a giudizio.

Archiviazione e non luogo a procedere sono adottate con provvedimenti allo stato degli atti, sulla base di elementi conoscitivi raccolti unilateralmente da polizia, pubblico ministero o difensore.

Vale qui l'innovativa regola di giudizio della *ragionevole previsione di condanna*, che la recente riforma processuale (d. lgs. 150/2022) ha sostituito al più vago criterio della *idoneità degli atti d'indagine a sostenere l'accusa in giudizio*.

È corretto ricondurre la nuova regola di giudizio al canone BARD? Nessun problema vi sarebbe a dare risposta affermativa, se il riferimento all'oltre ogni ragionevole dubbio fosse inteso in senso meramente descrittivo, a significare che il giudice può prendere una decisione sfavorevole all'imputato solo a condizione di esserne intimamente convinto. Ma questo non è sufficiente ad affermare che la regola di giudizio oggi codificata nell'art. 533 comma 1 sia applicabile alla stessa maniera nel dibattimento e nella fase preliminare.

Diversamente dal giudice dibattimentale, che, nell'accingersi a emettere la sentenza di merito, opera sulla base di un compendio probatorio ormai definito e non più mutabile, i giudici dell'indagine e dell'udienza preliminare lavorano con materiale conoscitivo suscettibile di evoluzioni e modifiche successive. Questi giudici, come si sa, sono chiamati a una valutazione prognostica, della quale c'è una evidentissima traccia verbale nel canone della "*ragionevole previsione di condanna*". La dimensione dinamica (evocata dal termine "*previsione*") accresce in misura sensibile la discrezionalità della decisione: che si tratti di richiesta di archiviazione, di provvedimento che decide su tale richiesta, di richiesta di rinvio a giudizio, di sentenza di non luogo a procedere o di rinvio a giudizio, il giudice non si limita a valutare il materiale conoscitivo presente nel fascicolo, ma aggiunge una sua personale congettura sulle futuribili sorti del dibattimento. Qui sta la notevole differenza di situazione processuale che, a mio avviso, impedisce di estendere l'art. 533 comma 1 alla fase preliminare.

C'è dell'altro. L'applicazione della nuova regola di giudizio (*ragionevole previsione di condanna*) è, di fatto, difficilmente controllabile, se non addirittura incontrollabile. Alcuni dei provvedimenti ai quali ci si riferisce (richiesta di archiviazione, provvedimento di archiviazione, richiesta di rinvio a giudizio, decreto che

caratteristiche: implica sempre una confessione del richiedente; la trattativa deve coinvolgere anche il giudice e va esposta in un pubblico dibattimento; la richiesta dell'imputato non comporta diminuenti processuali, ma solo una comunicazione, da parte del giudice, del massimo di pena irrogabile (in maniera da ridurre la forbice edittale astrattamente prevista dalla legge penale, mettendo così l'imputato in condizione di "fare i suoi calcoli"); il giudice è tenuto ad acquisire d'ufficio le prove necessarie a superare eventuali incertezze; acquisizione delle prove, loro valutazione e regole di giudizio sono le stesse previste per il giudizio ordinario. Si capisce, quindi, che l'ordinamento processuale penale tedesco, diversamente da quello italiano, non deroga al modello cognitivo con l'istituto delle *Absprachen*, che pur trova giustificazione in ragioni di efficienza processuale. La citata sentenza del *Bundesverfassungsgericht* ha inteso affermare l'ancoramento al concetto di verità materiale anche delle "trattative sulla pena", con conseguente uniformità delle regole di giudizio a disposizione del giudice.

dispone il giudizio, prosecuzione del giudizio disposta all'esito dell'udienza di comparizione predibattimentale) sono al più sindacabili, ma non possono essere impugnati per motivi attinenti l'applicazione di codesta regola.

Limitiamoci a considerare qui la richiesta di rinvio a giudizio, che il pubblico ministero può presentare sul presupposto di una "ragionevole previsione di condanna". Essa è soggetta a un sindacato giurisdizionale: in questo si risolve, infatti, l'udienza preliminare (nonché l'udienza di comparizione predibattimentale, ora prevista dal novellato art. 554-bis). Tuttavia, l'eventuale cattivo uso della regola non potrebbe essere oggetto di impugnazione davanti a un giudice superiore e, quel che più conta, non potrebbe essere portato all'attenzione del giudice di legittimità. Nemmeno il successivo, eventuale decreto di rinvio a giudizio sarebbe impugnabile: se ne impedisce persino la motivazione (come si arguisce facilmente leggendo l'art. 429), per evitare che il giudice del dibattimento sia, per così dire, "contaminato" da argomentazioni costruite sugli esiti della fase preliminare.

È invece motivata e impugnabile la sentenza di non luogo a procedere, il solo dei provvedimenti che ci interessano soggetto a un controllo da parte di giudici superiori e il solo a poter pertanto contare su una elaborazione giurisprudenziale che chiarisca i contorni della regola di giudizio.

Non si registrano ancora prese di posizione sulla regola della "ragionevole previsione di condanna" in questo tipo di sentenze. Ci si deve accontentare della vecchia giurisprudenza maturata quando vigeva il diverso criterio della "sostenibilità dell'accusa in giudizio", a proposito del quale si ribadiva il carattere "prognostico" della regola decisoria, con un'affermazione che mantiene ancora oggi la sua fondatezza³¹.

Il passaggio dalla "sostenibilità dell'accusa in giudizio" alla "ragionevole previsione di condanna" doveva frenare eccessi di discrezionalità dei giudici dell'indagine e dell'udienza preliminare, rendendo meno arbitrario il filtro giudiziale sulla fondatezza delle accuse. Ma è ingenuo pretendere di affrontare un simile problema affidandosi a semplici espressioni verbali ("ragionevole previsione di condanna" anziché "sostenibilità dell'accusa in giudizio"). Ed è del tutto insufficiente la possibilità di controllare l'uso della nuova regola di giudizio attraverso l'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, giacché gli eventuali abusi della regola stessa, attuati con il provvedimento di rinvio a giudizio, sarebbero comunque destinati a produrre il proprio effetto propulsivo (passaggio alla fase dibattimentale), senza che nessuno lo possa impedire³². In altre parole, dell'abuso ci si renderebbe conto troppo tardi: quando

³¹ «Solo una prognosi di inutilità del dibattimento relativa alla evoluzione, in senso favorevole all'accusa, del materiale probatorio raccolto ... può condurre ad una sentenza di non luogo a procedere»: così Cass. sez. 5, 03 giugno 2009, RV 244202.

³² Detto per inciso, la regola della "ragionevole previsione di condanna" rischia di sortire un effetto indesiderato da chi l'ha proposta. Elevando (quanto meno nominalmente) la soglia di verifica circa la fondatezza dell'accusa, al punto da avvicinarla alla fondatezza di una condanna, si introduce nel sistema un dettaglio che rischia di trasformare la fase preliminare in fase di accertamento della responsabilità penale (anziché di accertamento del presupposto per il rinvio a giudizio). Si è a lungo polemizzato – prima che entrasse in vigore la riforma processuale del 1988 – con la disposizione dell'art. 299 comma 1 del c.p.p. previgente, che imponeva al giudice istruttore di «*compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che ...*

il giudice dibattimentale, constatata la mancanza o insufficienza di prove a carico, assolvesse nel merito l'imputato. Ma, intanto, quel rinvio a giudizio avrebbe prodotto proprio l'effetto che la nuova regola di giudizio intendeva evitare.

7. Provvedimenti che applicano misure cautelari personali: gravi indizi di colpevolezza.

L'attenzione si sposta ora sui provvedimenti che dispongono misure cautelari (personali) e sugli esiti delle relative impugnazioni.

Su quale sia la regola di giudizio atta ad orientare la decisione cautelare si sono espresse diverse opinioni.

In dottrina si è fatto ricorso alla nozione di *probatio minor*, intendendo in tal modo suffragare la tesi che – per stabilire se sussistano i gravi indizi di colpevolezza (art. 273) – il giudice cautelare si affida alla regola del più probabile che non³³.

Si è evocata anche la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, da applicare però non già in considerazione della "colpevolezza", bensì della "probabile colpevolezza" del destinatario della misura³⁴.

La giurisprudenza, dal canto suo, sembra attestata sul criterio (da essa stessa escogitato) della "qualificata probabilità di colpevolezza", che in sostanza riecheggia l'idea della *probatio minor*³⁵.

Tutte queste opinioni sottolineano il carattere probabilistico della decisione cautelare. Persino chi si richiama al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, si sente poi obbligato – come detto – a riferire tale regola di giudizio non al giudizio di responsabilità, ma alla "probabile" responsabilità dell'imputato, non foss'altro per evitare che la decisione cautelare finisca col sovrapporsi, sino a confondersi, con la decisione di condanna.

Esaminare quale spazio abbia la discrezionalità del giudice nell'incidente cautelare implica un (pur breve) esame della composizione e struttura dei relativi provvedimenti.

Ai fini che più direttamente qui interessano meritano di essere succintamente ricordati i seguenti dettagli:

appaiono necessari all'accertamento della verità». Oggi non c'è più il giudice istruttore, che, da organo giurisdizionale qual era, poteva garantire (quanto meno formalmente) l'imparzialità dei suoi accertamenti. Se, oggi, l'investigazione del pubblico ministero punta a raccogliere elementi idonei a suffragare una "ragionevole previsione di condanna", l'indagine preliminare rischia – di fatto – di trasformarsi nella fase votata a chiudere l'accertamento di colpevolezza prima della verifica dibattimentale, similmente a quel che accadeva con la vecchia istruzione formale.

³³ F. CAPRIOLI, *Condanna*, voce in *Enc. dir., Annali*, II-1, 2008, 111.

³⁴ È la tesi di P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., 742.

³⁵ In tal senso, da ultimo, Cass. sez. 3, 02 agosto 2021, Rv. 282232. La figura (pre-illuministica) della *probatio minor* viene utilizzata anche da precedente giurisprudenza: ad es. Cass. sez. 5, 2 marzo 2007, RV 236258.

- La decisione cautelare è provvedimento allo stato degli atti, adottato solitamente nella fase preliminare, nell'ambito di un procedimento in continua, progressiva evoluzione sotto il profilo dell'accertamento di fatto;
- Il giudice (sia della prima istanza, sia dell'impugnazione cautelare di merito) provvede sulla base di atti presentati dal pubblico ministero, eventualmente integrati dal difensore³⁶;
- In caso di incertezza, il giudice cautelare (di prima o seconda istanza) non può assumere iniziative d'ufficio per completare un quadro probatorio a suo avviso insufficiente: deve pertanto decidere, quanto meno di regola, senza poter attingere a fonti conoscitive diverse da quelle che gli sono state presentate³⁷;
- la decisione cautelare ha una componente prognostica (per la parte riguardante i *pericula libertatis*) che impegna la fantasia congetturale del giudice;
- in certi casi, la legge prevede presunzioni relative di sussistenza delle esigenze cautelari (art. 275 comma 3 seconda e terza parte);
- la decisione cautelare dev'essere sempre dettagliatamente motivata (art. 292) ed è impugnabile sia nel merito, sia davanti al giudice di legittimità anche per vizi attinenti al cattivo uso della regola di giudizio (vizio di motivazione).

Prendiamo per buona la tesi, da tempo condivisa in giurisprudenza, stando alla quale la regola di giudizio in ambito cautelare è sintetizzata nell'espressione "qualificata probabilità di condanna"³⁸. La formula dice poco finché non la si svolge in una definizione più articolata. A questo ha provveduto la giurisprudenza con un passaggio dedicato ai "gravi indizi di colpevolezza" che merita di essere riportato alla lettera: tali indizi sarebbero costituiti da «*elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che - contenendo "in nuce" tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova - non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia,*

³⁶ Dall'art. 273 comma 1 bis si capisce che – sul piano della valutazione delle fonti conoscitive – il regime probatorio dell'incidente cautelare è praticamente identico a quello del giudizio abbreviato: prova ne sia che la distinzione fra inutilizzabilità fisiologica e patologica (che proprio nella norma appena citata ha il suo referente normativo) è usata indistintamente per codesti due riti.

³⁷ Soto questo specifico profilo affiora una significativa differenza con la situazione che si presenta nel giudizio abbreviato e che ammette integrazioni probatorie d'ufficio in casi di incertezza sul fatto (art. 441 comma 5)

Il timore di ricadere nella ripudiata figura del giudice istruttore ha indotto il legislatore del 1988 a privare pressoché del tutto il giudice della fase preliminare di poteri istruttori: rare le eccezioni; in ambito cautelare, le si trova nella procedura di sostituzione o revoca della misura, durante la quale il giudice delle indagini può assumere d'ufficio l'interrogatorio dell'indagato (art. 299 comma 3-ter), nonché disporre accertamenti sullo stato di salute o su altre condizioni personali dello stesso (art. 299 comma 4-ter).

³⁸ In tal senso già Cass. sez. un. 1° agosto 1995, RV 202002.

Anche chi suggerisce di denominare diversamente la regola di giudizio da usare in ambito cautelare introducendo l'espressione "probabile colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio", ammette che le due formule finiscono con l'equivalersi nella pratica; la differenza sarebbe apprezzabile principalmente con riguardo alla verifica dei *pericula libertatis* (art. 274), che – per la loro intrinseca vaghezza – sconsigliano un accertamento fondato su "qualificate probabilità" (P. Ferrua, *Regole di giudizio*, cit., 742 e 743).

consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo, come già rilevato, una qualificata probabilità di colpevolezza»³⁹.

Il tratto interessante di questa definizione⁴⁰ sta nell'aver posto l'accento sugli elementi da valutare, anziché sull'atto (soggettivo) del compendiarli nel convincimento giudiziale. Ciò che impedisce l'adozione della formula BARD nell'incidente cautelare è la inadeguatezza del materiale conoscitivo a disposizione del giudice: prove solo *"in nuce"*, non prove filtrate nel contraddittorio dibattimentale. Solo su queste ultime può esercitarsi la regola di giudizio oggi imposta esplicitamente dall'art. 533 comma 1. Gli elementi raccolti unilateralmente nella fase preliminare ammettono una conoscenza per definizione parziale e incompleta dei fatti⁴¹.

Possiamo anche ammettere che il giudice – nel considerare il compendio investigativo allegato dal pubblico ministero alla richiesta cautelare – sciolga eventuali incertezze *"al di là di ogni ragionevole dubbio"*, ma l'espressione designerebbe il suo stato psicologico, di persona che risolve l'incertezza in favore dell'imputato, pur consapevole del carattere provvisorio e incompleto degli elementi a sua disposizione. In altre parole, l'accento cade non su un supposto minor grado del convincimento giudiziale (rispetto a quello richiesto per la decisione dibattimentale di merito), ma su una minor solidità processuale del materiale conoscitivo a disposizione del giudice cautelare. Del resto, quest'ultimo, in caso di dubbio, non può che decidere in favore dell'imputato: ma altro è il dubbio (definitivo) maturato su una prova dibattimentale (art. 533 comma 1), altro il dubbio (provvisorio e mutevole nella dinamica procedimentale) che cade sugli elementi allegati alla richiesta cautelare. Quel che cambia, nelle due situazioni, è, per l'appunto la maggior o minor solidità (o consistenza) del mezzo conoscitivo.

8. Segue: prognosi di pericolosità.

Quel che si è sin qui detto vale soprattutto (se non esclusivamente) per l'accertamento dei gravi indizi di colpevolezza. La discrezionalità giudiziale trova qui un limite nel controllo sull'ordinanza cautelare nei giudizi di impugnazione. La ricorribilità per cassazione è in grado di assicurare il formarsi di una giurisprudenza di legittimità capace di orientare le decisioni dei giudici di merito.

Fra le acquisizioni recenti di tale giurisprudenza merita, ad esempio, di essere segnalato l'orientamento che esige una motivazione rafforzata da parte del giudice di appello cautelare che – a norma dell'art. 310 – accoglie la richiesta del pubblico ministero in precedenza rigettata dal giudice per le indagini preliminari. Benché non viga qui il principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, si ritiene infatti che il rigetto della

³⁹ Cass. sez. un. 1° agosto 1995, citata alla nota precedente.

⁴⁰ Pedissequamente ripetuta in successive decisioni della Suprema corte: cfr., da ultimo, Cass. sez. 3, 18 luglio 2023, RV 284982.

⁴¹ L'argomento è già affiorato in precedenza nel paragrafo 4, dedicato alla sentenza di giudizio abbreviato.

richiesta da parte del giudice di prima istanza cautelare metta il tribunale di appello in condizione di dover giustificare il ribaltamento della decisione: quella prima decisione negativa ha creato una situazione di dubbio che il giudice dell'impugnazione deve superare, adducendone le ragioni, pena l'annullamento del suo provvedimento per vizio di motivazione⁴².

Un discorso a parte va fatto con riguardo al lato prognostico dell'accertamento cautelare: vale a dire, la situazione di pericolosità da verificare al fine di dimostrare sussistenti le esigenze cautelari (art. 274). Qui la discrezionalità giudiziale si esercita entro margini più ampi e difficilmente controllabili da parte del giudice di legittimità.

È stato detto che pure l'accertamento dei *pericula libertatis* sottesi alle esigenze cautelari si basa su fatti del passato: lo dimostrerebbero le situazioni di "concretezza e attualità" evocate dalle lett. *a* e *b* dell'art. 274, nonché i "comportamenti e atti concreti" esplicitamente richiamati dalla successiva lett. *c*⁴³.

Osservazione corretta, ma bisogna aggiungere che quegli elementi "attuali e concreti" sono la base d'appoggio di una sorta di divinazione, tutta proiettata in un futuro incerto. In altre parole, la decisione sulla pericolosità è necessariamente indiziaria, congetturale: si muove da dati noti (per l'appunto le accennate situazioni di attualità e concretezza) per inferirne l'elemento ignoto, attraverso un percorso critico-argomentativo da riportare in motivazione. Fornire al riguardo criteri di orientamento è pressoché impossibile, anche perché questo tipo di accertamento (di competenza pressoché esclusiva dei giudici di merito) sfugge al controllo di legittimità della Corte di cassazione⁴⁴, davanti alla quale si possono al più far valere errori logici di evidenza e gravità tali da viziare la motivazione del provvedimento impugnato.

La legge processuale fornisce, semmai, qualche indicazione che, connessa con il rispetto del principio di proporzionalità, permette di porre un argine a eccessi di discrezionalità di per sé liberticidi.

Posto che il ventaglio delle misure applicabili è ampio, il giudice è tenuto a giustificare la ragione che lo ha indotto a scegliere quella più afflittiva di altre. Questa

⁴² Così Cass. sez. 1, 14 dicembre 2022, RV 283784 dove si legge: «Senza affatto volere affermare la diretta applicabilità alla fase cautelare del principio stabilito dall'art. 533, comma 1, cod. proc. pen., pare evidente che la qualificata probabilità di una sentenza di condanna richieda una sconfessione attenta e puntuale da parte del tribunale dei dubbi manifestati dal giudice per le indagini preliminari, con un'argomentazione che convinca della loro infondatezza, erroneità o illogicità».

Appare evidente l'influsso – anche in ambito cautelare – della giurisprudenza cresciuta intorno all'applicazione dell'art. 603 comma 3-bis con riguardo al procedimento principale. Ovviamente, in sede cautelare non si pretende (né sarebbe pensabile, considerata la diversa struttura del rito incidentale) che il ribaltamento della decisione di prima istanza da parte del tribunale di appello avvenga sulla base di prove dichiarative *noviter productae*. Quel che si chiede, tuttavia, è che il giudice dell'impugnazione offra argomenti convincenti per superare la situazione di dubbio, di fatto generata dall'ordinanza che ha rigettato la prima richiesta del pubblico ministero.

Anche la giurisprudenza più cauta nel riconoscere questo dovere del giudice di appello cautelare afferma la necessità di una "motivazione rafforzata" per superare tale oggettiva situazione di dubbio: cfr., ad es., Cas. sez. 5, 14 ottobre 2020, RV 279593.

⁴³ In questo senso, P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., 742.

⁴⁴ Si veda, ad es., Cass. sez. 2, 25 novembre 2015, RV 265288.

scelta (guidata dall'art. 275) ha sempre a che fare con l'accertamento delle esigenze cautelari e, precisamente con la verifica preliminare del loro grado di intensità⁴⁵. Stranamente (e incongruamente) la legge impone di giustificare la scelta solo quando è in gioco la custodia cautelare in carcere⁴⁶. Ma, a ben vedere, se si prende sul serio il principio di proporzionalità⁴⁷, la giustificazione dovrebbe riguardare la scelta di ogni misura, quando ne esistesse altra dal contenuto meno afflittivo, parimenti idonea a soddisfare l'esigenza cautelare invocata. Non si capisce, ad esempio, per qual motivo il giudice non sia tenuto a giustificare la scelta degli arresti domiciliari, quando potrebbe apparir sufficiente un divieto di dimora in un determinato comune (art. 283) o un divieto di espatrio (art. 281)⁴⁸.

Criteri cogenti sono imposti dalla legge processuale con riguardo sia all'accertamento di esigenze cautelari riguardanti reati gravi o allarmanti, sia alla scelta delle corrispondenti misure.

Per i delitti di mafia e terrorismo vige una presunzione relativa, talché le esigenze cautelari (complessivamente intese) sono ritenute sussistenti, salvo che risulti diversamente dagli atti a disposizione del giudice cautelare; vige inoltre una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) con riguardo alla scelta della misura, da individuare sempre nella custodia in carcere⁴⁹.

Per la lunga lista di delitti elencati nell'art. 275 comma 3 terza parte (fra i quali, manifestazioni di criminalità organizzata diverse da quelle di matrice mafiosa o terroristica, omicidio, sfruttamento sessuale di minori, violenza sessuale di gruppo⁵⁰) vige una duplice presunzione relativa con riguardo rispettivamente alla sussistenza delle esigenze cautelari e alla scelta della misura, dovendo essere comunque preferita la più afflittiva (custodia in carcere).

Nelle situazioni appena ricordate, la discrezionalità del giudice è molto limitata. Al suo posto decide il legislatore con una norma (necessariamente) generale ed astratta che appiattisce (o impone di trascurare) le eventuali differenze dei concreti casi della

⁴⁵ I "gravi indizi di colpevolezza" debbono sussistere oltre una certa soglia (quella, appunto, della "gravità"): che siano più o meno intensi non rileva ai fini della legittima emissione dell'ordinanza ex art. 292. Diversamente, le esigenze cautelari possono sussistere in gradi diversi e, a seconda della loro intensità, si giustificherà la scelta di una misura più o meno afflittiva nei confronti dell'incolpato: sarebbe sproporzionato l'uso della custodia in carcere, se, in ragione del suo minor grado di intensità, il pericolo di fuga potesse essere neutralizzato con il meno afflittivo divieto di espatrio.

⁴⁶ Art. 275 comma 3, prima parte.

⁴⁷ Qui considerato nella sua componente di "necessarietà" della misura a perseguire lo scopo posto dalla legge (nel caso di specie, la neutralizzazione del *periculum libertatis*).

Per una efficace sintesi sulla struttura del principio di proporzionalità e la sua articolazione nei tre sotto-criteri della "idoneità", "necessarietà" e "proporzione in senso stretto" è consigliabile la lettura di M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, Mucchi ed., in particolare alle pag. 21-32.

⁴⁸ A conferma e, si può dire, a completamento della regola espressa nel citato art. 275 comma 1, la legge impone al giudice di esporre nell'ordinanza cautelare i motivi per i quali l'esigenza cautelare non può essere soddisfatta con misura diversa dalla custodia in carcere (art. 292 comma 1, lett. c-bis), dimenticando del tutto altre scelte cautelari che potrebbero essere ingiustificate alla luce del ricordato principio di proporzionalità.

⁴⁹ Art. 275 comma 3, seconda parte.

⁵⁰ Alle quali ne va aggiunta una *extra codicem*, rintracciabile nell'art. 12, comma 4 bis, d. lgs. n. 286 del 1998.

vita. Ne deriva un sacrificio assai pesante per la difesa, alla quale spetta praticamente l'onere di provare l'insussistenza delle esigenze cautelari⁵¹, e, nei casi più gravi, vede addirittura preclusa la facoltà di chiedere una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere⁵². Qui il principio di legalità processuali ha costi elevati sul fronte delle garanzie difensive. Si limitano in misura considerevole tanto la discrezionalità del giudice, quanto l'esercizio del diritto di difesa, che proprio su margini di discrezionalità controllata può trovare il proprio spazio.

9. Provvedimenti che applicano misure di prevenzione *ante delictum*.

Pur formalmente estraneo alla “materia penale”, il sistema di prevenzione regolato dal d. lgs. n. 159 del 2011 (d’ora in poi, codice antimafia) rappresenta, in realtà, un completamento del controllo sociale sulla criminalità.

Si ripete spesso, specie in giurisprudenza, che il procedimento di prevenzione vive di vita autonoma ed è “impermeabile” al procedimento penale. A ben vedere si tratta di realtà non solo contigue, ma integrate, con commistioni e frequenti scambi di informazioni fra l’una e l’altra. Già la circostanza che l’iniziativa preventiva (nei casi più gravi e problematici di cosiddetta “pericolosità qualificata”⁵³) spetti principalmente al pubblico ministero fa capire quale sia (o possa essere) l’intreccio con l’attività di repressione penale. La prevenzione *ante delictum* è attività di polizia assegnata (in larga misura) all’autorità giudiziaria penale⁵⁴. Ciò ha implicazioni relevantissime ai fini del nostro tema.

⁵¹ Non siamo precisamente in presenza di una inversione dell’onore della prova, potendo emergere le circostanze favorevoli alla difesa anche da elementi conoscitivi, comunque presenti nel fascicolo a disposizione del giudice cautelare. È peraltro difficile che quegli elementi siano forniti dal pubblico ministero, benché la legge lo costringa ad allegare alla richiesta cautelare anche «gli elementi a favore dell’imputato» (art. 291 comma 1).

⁵² Su questo automatismo normativo aleggia un sospetto di illegittimità costituzionale. Secondo P. FERRUA appare «evidente la tensione di una simile disciplina con il principio della presunzione di non colpevolezza» (*Regole di giudizio*, cit., 742). In realtà, il meccanismo presuntivo non tocca il punto concernente i gravi indizi di colpevolezza, bensì l’intensità delle esigenze cautelari, data praticamente per scontata per effetto della qualifica giuridica attribuita al reato ipotizzato. Certamente, il legislatore ha qui fatto una scelta ispirata al “tipo normativo d’autore” (es. il mafioso, il terrorista, rispecchiati nelle corrispondenti fattispecie incriminatrici): una scelta che la Corte cost. (v. sent. n. 265 del 2010) ha considerato legittima, in quanto fondata su “dati di esperienza generalizzati” e avvalorata dalle “connotazioni criminologiche della fattispecie”. La soluzione legislativa sembra legittima, se si ritiene che le presunzioni in parola si limitino a differenziare il trattamento tra diversi imputati in vista dell’applicazione di misure processuali. Appare invece in conflitto (o in tensione) con la presunzione di non colpevolezza, per chi ravvisa nella pratica applicazione delle misure cautelari personali una sorta di anticipazione del trattamento sanzionatorio: un dubbio, al riguardo, sorge se si pensa alla misura cautelare adottata per prevenire il rischio impropriamente definito di “reiterazione del reato” (art. 274 lett. c); qui l’esigenza cautelare è manifestamente volta ad anticipare uno dei fini assegnati alla pena (neutralizzazione della pericolosità).

⁵³ Art. 4 cod. antimafia.

⁵⁴ Per ulteriori rilievi critici in ordine a questa singolare scelta del legislatore italiano, si rinvia ad alcuni precedenti studi: in particolare R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi*

Non trattandosi di accertare responsabilità penali (ma situazioni di pericolosità), resta inoperante il principio della presunzione di non colpevolezza. Lo stesso diritto di difesa viene attuato in misura ridotta, proprio perché non è in gioco l'applicazione di una pena. Per contro, il fatto che l'accertamento di pericolosità sia, di regola, guidato dal pubblico ministero, rende le relative indagini simili a vere e proprie inchieste penali, condotte con stile genuinamente inquisitorio. Il ruolo di garanzia del giudice ne esce ridimensionato. La sua discrezionalità, nel decidere sulla proposta del pubblico ministero, difficilmente controllabile.

Basti dare un'occhiata alla disciplina delle impugnazioni. I decreti del tribunale penale che applicano misure di prevenzione sono appellabili anche nel merito, recita l'art. 10 comma 1 cod. antimafia. Sono inoltre ricorribili per cassazione, ma solo per "violazione di legge"⁵⁵.

Ciò significa che il vizio di motivazione (proprio quello che potrebbe svelare l'abuso di discrezionalità) non può essere portato all'attenzione del giudice di legittimità⁵⁶. Si incoraggiano così motivazioni apodittiche sul tipo di quelle affermano la pericolosità di un soggetto per la sua asserita appartenenza a un clan mafioso, tratta da un procedimento penale ancora in corso, magari destinato a chiudersi con una assoluzione: una sorta di libera e discrezionalissima applicazione in ambito preventivo della regola che l'art. 238-bis dettata per il procedimento penale⁵⁷.

La questione concernente l'uso discrezionale di regole di giudizio nel procedimento di prevenzione *ante delictum* esigerebbe ben altri approfondimenti. Qui si è voluto solo denunciare un problema (serio quanto sottovalutato, ad avviso di chi scrive), offrendo qualche spunto di riflessione.

Certo è che l'impossibilità di rilevare in cassazione i vizi di illogicità e contraddittorietà delle motivazioni che corredano i provvedimenti di prevenzione ostacolerebbe il formarsi di orientamenti giurisprudenziali tendenzialmente uniformi per i giudici di merito, e renderebbe altresì difficoltoso, per la dottrina, il compito di

fondamentali, in Associazione tra gli studiosi del processo penale (a cura di), *La giustizia penale preventiva*, Milano, Giuffrè 2016, 5 ss., nonché ID., *Procedimento di prevenzione e presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2019, 358 ss.

⁵⁵ Art. 10, comma 3 cod. antimafia.

⁵⁶ Che la "violazione di legge" escluda la ricorribilità in cassazione contro la decisione viziata da contraddittorietà o illogicità è ormai giurisprudenza consolidata: si veda, da ultimo, Cass. sez. 5, sent. 17 gennaio 2022, RV 282539. L'orientamento ha ricevuto inoltre due importanti avalli dalla nostra Corte costituzionale (sent. n. 321 del 2004 e sent. n. 106 del 2015), la quale ha riscontrato in questa limitazione del diritto di difesa una ragionevole disparità di trattamento dell'interessato al procedimento di prevenzione (rispetto all'imputato del procedimento penale).

⁵⁷ Ecco una massima che ben esemplifica quanto riferito nel testo: «Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di appartenenti alle "mafie storiche" (mafia, camorra, 'ndrangheta e sacra corona unita), non è necessaria una particolare motivazione del giudice in punto di attuale pericolosità sociale, non essendo la presunzione di sussistenza di siffatta pericolosità scalfita né dal tempo intercorso tra l'emersione degli indizi relativi all'affiliazione ed il momento di applicazione della misura, né dall'inattività criminale del preposto, atteso il carattere permanente dell'affiliazione, che può venir meno solo a seguito di un esplicito recesso o di un atto di chiara dissociazione, di cui tuttavia deve constare specifica prova» (Cass. sez. 2, 12 maggio 2017, RV 270319. In termini analoghi si era espressa Cass. sez. 5, 22 luglio 2014, RV 260483).

coltivare una dialettica (costruttiva) con la giurisprudenza: e questo, in un settore dell'esperienza giuridica, dove il legislatore, per la inevitabile vaghezza dei parametri posti all'applicazione di misure preventive lascia ampio spazio alla discrezionalità giudiziale. L'assenza di fattispecie determinate impone un lavoro giurisprudenziale volto a individuare le singole condotte sintomatiche di pericolosità, suscettibili di figurare quali premesse (sostanziali) per l'applicazione di misure preventive. In quest'ambito, profili sostanziali e profili probatori sono destinati a sovrapporsi e compenetrarsi⁵⁸.

Tuttavia, anche le doglianze per "violazione di legge" offrono alla Corte di cassazione lo spunto per criticare le argomentazioni dei giudici di merito, quando fanno un cattivo uso della loro discrezionalità: non come vizi logici della motivazione, bensì come *errores in iudicando* (art. 606 comma 1 lett b) o come *error in procedendo* riscontrabile nella mancanza o apparenza di motivazione (art. 606 comma 1 lett. c).

Bisogna infatti ammettere che la giurisprudenza di legittimità in tema di misure preventive ha fatto registrare qualche apertura garantista, forse perché consapevole della necessità di porre un argine a una discrezionalità altrimenti ampia e incontrollata dei giudici di merito. Ad esempio, in tema di verifica della "persistente attualità" della situazione di pericolosità sociale quale requisito per applicare misure di prevenzione personale, si è fatto un apprezzabile sforzo per interpretare – in senso favorevole alla libertà individuale – la vaghezza della norma (art. 6 cod. antimafia) che parla di "pericolosità" senza ulteriori specificazioni⁵⁹.

Anche nella applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, il fattore temporale gioca un ruolo importante: quanto maggiore è il lasso che separa la misura ablatoria dalla cessazione della pericolosità, tanto maggiori e univoci devono essere gli indici fattuali che quella misura giustificano⁶⁰. Anche qui l'intervento giurisprudenziale punta ad arginare derive di discrezionalità incontrollata.

Nonostante queste ragionevoli aperture, il procedimento di prevenzione resta un ambito altamente problematico nella prospettiva del tema qui affrontato. Appare scontata la vaghezza del dettato normativo: non c'è da sorprendersi, trattandosi

⁵⁸ Ad esempio, la "appartenenza" (termine più ampio di "partecipazione") ad associazioni mafiose o terroristiche può essere ricavata da una molteplicità di comportamenti che – in assenza di dettagliate indicazioni legislative – spetta al giudice individuare: e tale individuazione non può avvenire che attraverso elementi probatori sintomatici di pericolosità (come l'abituale frequentazione di ambienti sospetti) che assurgono al rango di occasionali fattispecie di prevenzione.

Per ulteriori svolgimenti sul punto si rinvia al precedente studio R. ORLANDI, *La 'fattispecie di pericolosità'. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2017, 470

⁵⁹ Cass. sez. un, 4 gennaio 2018, RV 271512, raccomanda cautela nell'uso di indici presuntivi di situazioni di pericolosità. In questo preceduta da prese di posizione della Corte costituzionale fra le quale va ricordata almeno la sent. n. 291 del 2013, che dichiara illegittimo l'art. 15 cod. antimafia «nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura».

⁶⁰ Così, da ultimo, Cass. sez. 6, 07 ottobre 2021, RV 281990.

praticamente – come già accennato – di “diritto di polizia” che comprensibilmente lavora con clausole generali (prevenire i pericoli per la sicurezza pubblica). In un simile contesto, la discrezionalità giudiziale trova i propri limiti nei parametri elaborati da una giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) sensibile ai diritti individuali.